

ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIÁRIO E DE SUAS CONSEQUÊNCIAS NA ATUAÇÃO DO STF NO BRASIL

Laís Maria Belchior Gondim*

Geovana Magalhães Ferreira**

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 garante a separação dos Poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, de forma que eles são independentes e harmônicos entre si. Cada poder deve fiscalizar o outro para que eles não excedam suas funções, no entanto, isso favorece o ativismo judicial. A separação de poderes surge com Aristóteles, mas a teoria política da tripartição surge apenas com John Locke e é consagrada por Montesquieu. O Poder Judiciário deve ser imparcial e seguir o que está no ordenamento jurídico nas suas decisões. Compete ao Supremo Tribunal Federal a guarda da Constituição Brasileira e julgar, portanto, ações de constitucionalidade e inconstitucionalidade de outras leis, assim como nos órgãos correspondentes nos outros países, como a Alemanha e a Bolívia, cujos tribunais têm funções semelhantes. Outrossim, serão feitos uma análise jurídica do ativismo judicial do Brasil, a partir de casos julgados pelo STF e um levantamento das consequências dessa atuação.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; STF; Brasil.

ANALYSIS OF THE JUDICIAL ACTIVISM AND ITS CONSEQUENCES IN THE PERFORMANCE OF THE STF IN BRAZIL

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 guarantees the separation of the Powers into Legislative, Executive and Judiciary, so that they are independent and harmonious with each other. Each power must supervise the other so that they do not exceed their functions, however, this favors judicial activism. The separation of powers arises with Aristotle, but the political theory of tripartition arises only with John Locke and is enshrined by Montesquieu. The Judiciary must be impartial and follow what is in the legal system in its decisions. It is the responsibility of the Supreme Federal Court to guard the Brazilian Constitution and to judge, therefore, actions of constitutionality and unconstitutionality of other laws, as well as in Organs corresponding bodies in other countries, such as Germany and Bolivia, whose courts have similar functions. Furthermore, a legal analysis of judicial activism in Brazil will be made, based on cases judged by the STF and a survey of the consequences of this action.

KEYWORDS: Judicial activism; STF; Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante a separação dos Poderes em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário em seu artigo 2º “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988), de modo que os poderes devem se fiscalizar entre si, o que contribui para o ativismo judicial.

* Graduanda da Faculdade de Direito da UFC. *E-mail:* laismbg@hotmail.com

** Graduanda da Faculdade de Direito da UFC.

O Poder Judiciário é conhecido pelo seu compromisso de imparcialidade nas decisões, devendo apenas seguir o que diz a legislação. Contudo, importantes questões na sócio-políticas são levadas para discussão nos tribunais, favorecendo o ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal é o órgão do Poder Judiciário que guarda a Constituição Federal, como prevê a própria Constituição, no artigo 102. Esse órgão processa e julga ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal e decide sobre a interpretação desse dispositivo.

Assim como o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que interpreta a Constituição da Alemanha e resolve conflitos sobre leis que estejam de encontro a ela, como se vê na própria Constituição Alemã. Além disso, na Bolívia, existe o Tribunal Constitucional Plurinacional, que decide sobre questões de inconstitucionalidade de legislações do país, conflitos de competências dos órgãos estatais e conflitos sociais por exemplo, como se vê na própria Constituição da Bolívia.

68

Esta pesquisa objetiva analisar juridicamente o ativismo judicial por meio do estudo de casos julgados pelo STF e do levantamento de dados e informações acerca do assunto. Ademais, visa também descrever a função do STF como guardião da Constituição Federal e compará-lo com os órgãos análogos em outros países, além de descobrir as consequências do ativismo judicial para o contexto brasileiro.

2 BREVE HISTORICIDADE DO CONTROLE ESTATAL

Desde o mais tenro tempo, houve necessidade de regras para compor a estabilidade na convivência em sociedade (KACELNIK, 2009). A princípio, o rei era personificado na lei, ditando direitos e deveres dos subordinados. Com o fim do Absolutismo, pela Revolução Francesa, a burguesia e outros revolucionários, buscavam uma forma igualitária e equilibrada de organizar o Estado, para que houvesse maior democracia. Encontrou-se, com o tempo, na Separação de Poderes, uma forma de harmonizar a autoridade dos governantes (LOMEU et al., 2017).

O Estado Moderno, entre os séculos XV e XVII, traz um esboço do princípio legal, assumindo o sistema jurídico como espaço central com apreciação normativa da lei, por excelência. Já no Estado Liberal, séculos XVIII e XIX, a sociedade questiona o poder absoluto do monarca e luta por poder de consenso (KACELNIK, 2009).

Para Hans Kelsen, a Constituição ideal deveria organizar em normas a estrutura estatal, pressupondo direitos e garantias acima de qualquer mandante, estando esta em preponderância ao ordenamento jurídico, sendo ela geral e estabelecendo o ordenamento jurídico a casos concretos específicos (KELSEN, 2003). Caberá, assim, ao agente do Poder Judiciário, juízo de ponderação (KACELNIK, 2009).

A jurisdição constitucional, como uma forma de controle da Carta Magna, origina-se com o controle de constitucionalidade e com o *Judicial Review of Legislation*, propondo este ser o direito os olhos da Constituição. O Brasil adotou o sistema de defesa constitucional misto, abordando questões nos modelos difuso e concentrado (LOMEU et al., 2017).

A Constituição Federal (CF) de 1988 assegura o Princípio da Separação dos Poderes, autônomos e independentes entre si, em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, com funções típicas e atípicas a sua esfera, de forma a afiançar a segurança jurídica do Estado. Nas funções atípicas, os poderes fiscalizam-se entre si, no sistema de freios e contrapesos, tornando o ativismo judicial evidente na jurisdição brasileira atual (KACELNIK, 2009).

O Poder Judiciário diferencia-se dos demais Poderes pela inércia original de seus agentes legitimamente competentes com o propósito de assegurar a imparcialidade do juiz, consistindo este em tão somente “escravo da lei”. Entretanto, assuntos relevantes das esferas política, social e moral tem sido decididas, em caráter final, pelo poder judiciário, consistindo na judicialização, gerando o ativismo judicial (LOMEU et al., 2017).

Este termo foi utilizado inicialmente pelo historiador e crítico social norte-americano Arthur Schlesinger Júnior, na revista *Fortune* (1947), em artigo que discorria sobre a decisão da Suprema Corte Americana referente à interpretação legislativa e função apropriada do Poder Judiciário na democracia. “Ativismo judicial” é considerado expressão vaga, sem consenso acerca de suas particularidades. É um instituto também presente no Brasil. Distingue-se o ativismo judicial material, em que se discute o mérito de assuntos que não dizem respeito ao Judiciário, e, o ativismo judiciário processual, conferindo ao Judiciário julgar demanda, independente de seu mérito, concentrando em si maior poder do que lhe foi atribuído pela Constituição (LOMEU et al., 2017).

O Brasil comporta o sistema misto de controle de constitucionalidade, com ênfase ao modelo concentrado, veiculando ações diretas de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal (STF), com efeito vinculante e *erga*

omnes. Este tribunal manifesta-se pelo ativismo judicial mediante extensão dos princípios constitucionais, declaração de constitucionalidade dos atos de outros Poderes pela dúvida razoável e imposição de condutas ou abstenções ao Poder Executivo (LOMEU et al., 2017).

A interposição do Poder Judiciário nos Poderes Executivo e Legislativo ocorre para suprir desídias dos mesmos em suas funções típicas. Todavia, a intervenção do Poder Judiciário nos Poderes Legislativo e Executivo, é considerada ofensa figurada ao Princípio da Separação dos Poderes, pressupondo ceticismo quanto à autonomia e ao limite do exercício das incumbências individuais (LOMEU et al., 2017).

3 A DIVISÃO DE PODERES

O ordenamento jurídico brasileiro, na Constituição Federal de 1988, especificamente em seu artigo 2º, institui a repartição dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Com esse sistema é possível que os poderes se harmonizem e se regulem: “Instituiu-se, então, o sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos). Tal sistema tripartido é adotado por grande parte das democracias do mundo, sendo desenvolvida por vários autores clássicos, como Aristóteles e Locke (FOLLONI; SILVEIRA; XIMENES, 2016).

A separação dos poderes foi pioneiramente pensada por Aristóteles em sua obra *Política* e se configura como um critério que difere as funções do Estado, a saber: legislação, administração e jurisdição, mas foi elaborada como teoria política, a teoria da separação dos poderes, por John Locke, que dividiu os poderes do Estado em Legislativo (elaborava a lei), Executivo (aplicava a lei) e Federativo (se relacionava com outros Estados) e não fazia referência ao Poder Judiciário como autônomo. Essa teoria se tornou conhecida por Montesquieu na sua obra *O espírito das leis* (FREIXO, 2014).

Nesse sentido, acerca dessa delimitação de competências das funções do Estado: “A ‘Separação de Poderes’ pressupõe a tripartição das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional. Essa classificação que é devida a Montesquieu encontra, porém, antecedentes na obra de Aristóteles e Locke” (FERREIRA FILHO, 2007).

Há influência desses pensadores na Revolução Francesa, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789): “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1789).

A essência das teorias clássicas instituidoras da divisão de poderes estava embasada na necessidade de delimitar a ação de cada ramo do Estado, de modo que um não sobrepusesse ao outro. O receio de um retorno aos dissabores da arbitrariedade configurada tal como no período do Antigo Regime fez com que os ideais se fundamentassem no engessamento das competências de cada poder. Sobre isso, Bonfante (2010) aponta:

Imperava a prevalência de um sistema previsível e seguro, em que o Estado atuasse prevalentemente de forma negativa, abstendo-se de se intrometer nos assuntos privados, pois só assim seria possível garantir de fato a segurança jurídica e as liberdades individuais visadas. A liberdade (na esfera política e econômica) e a segurança jurídica (na esfera jurídica) eram os valores mais preciosos, no contexto da época, em que o que se buscava era a abolição de um sistema absolutista e arbitrário.

4 O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO DO STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão do Poder Judiciário ao qual compete a guarda da Constituição Federal, segundo o artigo 102 da CF/1988: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (BRASIL, 1988).

Esse Tribunal é formado por onze Ministros, sendo eles cidadãos com idade entre trinta e cinco e sessenta e cinco anos e com notável saber jurídico e reputação ilibada, segundo o *caput* do artigo 101 da CF/1988: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (BRASIL, 1988).

Ademais, são nomeados pelo Presidente da República depois de aprovação por maioria absoluta no Senado Federal, de acordo com o parágrafo único do artigo 101 da CF/1988: “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal” (BRASIL, 1988).

Compete ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, segundo o artigo 102, inciso I, alínea a da CF/1988, a saber: “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, (BRASIL, 1988).

Cabe ao STF também processar originariamente o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, os Ministros do

STF e o Procurador-Geral da República em infrações penais comuns e os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, salvo os casos previstos no art. 52, I ¹, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente em infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, dos STF previstas no artigo 102, inciso I, da CF/1988 são:

- d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
- e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
- f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
- g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
- i) o habeas corpus, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
- j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
- l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
- m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
- n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
- o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
- p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
- q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
- r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. (BRASIL, 1988).

¹ Artigo 52, *caput* e inciso I da CF/1988: “Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles” (BRASIL, 1988).

Cabe ainda ao STF, consoante artigo 102, inciso II, da CF/1988, julgar, em recurso ordinário, habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores em caso de indeferimento, além de crime político, conforme o artigo 102, inciso II: “julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; b) o crime político” (BRASIL, 1988).

Outrossim, é ainda competência do mesmo tribunal julgar, em recurso extraordinário, casos julgados em única ou última instância se a decisão for contrária à Constituição, se declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local que vá de encontro à Constituição, julgar válida lei local que contrarie lei federal, conforme artigo 102, inciso III: (BRASIL, 1988)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

A distribuição dos processos entre os Ministros do STF se dá por meio de sorteio ou prevenção e é feita entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados pelo período máximo de trinta dias, excetuando-se o Presidente, consoante o artigo 66: A distribuição será feita por sorteio ou prevenção, mediante sistema informatizado, acionado automaticamente, em cada classe de processo” e o artigo 67: “Far-se-á a distribuição entre todos os Ministros, inclusive os ausentes ou licenciados por até trinta dias, excetuado o Presidente” do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2017).

O sistema prevê a distribuição automática e aleatória de processos, todavia, em caso de impedimento ou suspeição pelo Relator ou pelo Tribunal, haverá novo sorteio, como diz o artigo 66, § 1º: “O sistema informatizado de distribuição automática e aleatória de processos é público, e seus dados são acessíveis aos interessados” e o artigo 67, § 3º: “Declarado o impedimento ou a suspeição pelo Relator ou pelo Tribunal, a Secretaria Judiciária procederá, *ex officio*, a novo sorteio, compensando-se a distribuição” (BRASIL, 2017).

Na Alemanha, há o Tribunal Constitucional Federal, que é formado por juízes federais e outros membros, eleitos igualmente pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal, não podendo esses serem parte desses dois órgãos ou

aos equivalentes no Estado, segundo o artigo 94 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: (ALEMANHA, 1949)

O Tribunal Constitucional Federal compõe-se de juízes federais e outros membros. Os membros do Tribunal Constitucional Federal serão eleitos em partes iguais pelo Parlamento Federal e pelo Conselho Federal. Eles não poderão pertencer ao Parlamento Federal, ao Conselho Federal ou a órgãos correspondentes de um Estado (ALEMANHA, 1949).

Cabe a tal tribunal decidir sobre a interpretação dessa lei, quando há controvérsias entre outras legislações do país em relação à referida lei, quando há divergências de direitos e deveres na esfera estadual frente à federal ou ainda entre os Estados ou dentro deles, além de recursos de inconstitucionalidade dos cidadãos em face do Poder Público, como observado no artigo 93, 1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: (ALEMANHA, 1949)

(1) O Tribunal Constitucional Federal decide:

1. sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsias a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão superior da Federação ou de outros interessados, dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental ou pelo regulamento interno de um órgão federal superior;

2. no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a presente Lei Fundamental ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal;

2 a. no caso de divergências, se uma lei corresponde aos requisitos do artigo 72 §2, por requerimento do Conselho Federal, do governo de um Estado ou da Assembleia Legislativa de um Estado;

3. no caso de divergências sobre direitos e deveres da Federação e dos Estados, especialmente a respeito da execução de leis federais pelos Estados e do exercício da fiscalização federal;

4. em outras controvérsias de direito público entre a Federação e os Estados, entre diversos Estados e dentro de um Estado, sempre que não exista outra via judicial;

4 a. sobre os recursos de inconstitucionalidade, que podem ser interpostos por todo cidadão com a alegação de ter sido prejudicado pelo poder público nos seus direitos fundamentais ou num dos seus direitos contidos nos artigos 20 §4, 33, 38, 101, 103 e 104;

4 b. sobre os recursos de inconstitucionalidade de municípios e associações de municípios contra a violação por uma lei do direito de autonomia administrativa, estabelecido no artigo 28; no caso de leis estaduais, no entanto, apenas se o recurso não puder ser interposto no respectivo Tribunal Constitucional Estadual;

5. nos demais casos previstos na presente Lei Fundamental (ALEMANHA, 1949).

Já na Bolívia, há o Tribunal Constitucional Plurinacional, em que os magistrados são eleitos por meio do sufrágio universal e devem atender a requisitos, como possuir trinta e cinco anos e especialização ou experiência de, no mínimo, oito anos em Direito Constitucional, Direito Administrativo ou Direitos Humanos, segundo os artigos 198 e 199, 1 da Constituição da Bolívia de 2009: (BOLIVIA, 2009)

Artículo 198.

Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia.

Artículo 199.²

I. Para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia³ (BOLIVIA, 2009).

É de competência do Tribunal Constitucional Plurinacional decidir sobre a inconstitucionalidade de legislações do país, os conflitos sobre as atribuições dos órgãos do poder público e de competências entre os governos plurinacional e as entidades territoriais autônomas e descentralizadas e entre essas, casos ligados aos povos indígenas e ao meio ambiente, além da ratificação de tratados internacionais e constitucionalidade de reforma da Constituição, como diz o artigo 202 da Constituição da Bolívia de 2009: (BOLIVIA, 2009)

75

Artículo 202.

Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas.

² Tradução livre: “Artigo 198. As magistradas e os magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional serão eleitos por sufrágio universal, dependendo do procedimento, mecanismo e formalidades dos membros do Supremo Tribunal de justiça.”

³ Tradução livre: “Artigo 199. I. Para solicitar a magistratura do Tribunal Constitucional Plurinacional se exigirá, além dos requisitos gerais de acesso ao serviço público, haver completado 35 anos e ter especialização ou experiência comprovada de pelo menos oito anos nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo ou Direitos Humanos. Para a qualificação de mérito será levada em conta haver exercido a qualidade de autoridade original sob o seu sistema de justiça.”

2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.
4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.
5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.
6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.
7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.
8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.
9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.
10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.
11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
12. Los recursos directos de nulidad⁴ (BOLIVIA, 2009).

⁴ Tradução livre: “Artigo 202. São atribuições do Tribunal Constitucional Plurinacional, além daquelas estabelecidas na Constituição e na lei, são conhecer e resolver: 1. Em única instância, questões de puro direito sobre a inconstitucionalidade de leis, Estatutos Autônomos, Cartas Orgânicas, decretos e todos os tipos de decretos e resoluções não-judiciais. Se a ação for de natureza abstrata, somente a Presidenta ou Presidente da República, Senadoras e Senadores, Deputadas e Deputados, Legisladores, Legisladoras e autoridades executivas máximas das entidades territoriais autônomas poderão interporla. 2. Conflitos de poderes e atribuições entre autoridades públicas. 3. Os conflitos de competências entre o governo plurinacional, as entidades territoriais autônomas e descentralizadas, e entre elas. 4. Os recursos contra tributos, impostos, taxas, patentes, direitos ou contribuições criados, modificados ou suprimidos em contravenção às disposições desta Constituição. 5. Recurso contra resoluções do Órgão Legislativo, quando suas resoluções afetarem um ou mais direitos, independentemente das pessoas afetadas. 6. A revisão das ações de liberdade, Proteção Constitucional, Proteção da Privacidade, Popular e Cumprimento. Esta revisão não impedirá a aplicação imediata e obrigatória da resolução que resolve a ação. 7. As consultas da Presidenta ou do Presidente da República, da Assembleia Legislativa Plurinacional, do Supremo Tribunal de Justiça ou do Tribunal Agroambiental sobre a constitucionalidade dos projetos de lei. A decisão do Tribunal Constitucional é obrigatória. 8. As consultas das autoridades indígenas campesinas originais sobre a aplicação de suas normas legais aplicadas a um caso específico. A decisão do Tribunal Constitucional é obrigatória. 9. O controle prévio da constitucionalidade na ratificação de tratados internacionais. 10. A constitucionalidade do procedimento de reforma parcial da Constituição. 11. Conflitos de competência entre a jurisdição indígena camponesa e a jurisdição ordinária e agroambiental. 12. Soluções diretas de nulidade”.

4.1. O caso do aborto

No julgamento do HC 124306, a Primeira Turma do STF concedeu *habeas corpus* afastando, assim, a prisão preventiva de réus acusados pelo crime de aborto com o consentimento da gestante, previsto no artigo 126 do Código Penal (CP): “Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos”, e por formação de quadrilha, previsto no artigo 288 do CP: “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos” (BRASIL, 1940), ao julgar e conceder o HC 124306 (STF, nov 2016).

Em 2013, houve prisão em flagrante dos acusados. O juiz de primeiro grau decretou a liberdade provisória dos réus por julgar que as infrações eram de médio potencial ofensivo e as penas relativamente brandas. Contudo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) determinou a prisão preventiva dos acusados após recurso do Ministério Público do Rio de Janeiro (MPRJ). Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) confirmou a decisão do TJ-RJ. Porém, no ano seguinte, o ministro Marco Aurélio do STF decidiu por revogar a prisão dos acusados (STF, nov 2016).

A defesa alega que não há no caso os requisitos a prisão preventiva, uma vez que os réus são primários, possuem bons antecedentes e trabalham, não sendo, desse modo, uma ameaça grave a sociedade, além de, segundo eles, a providência tomada seria desproporcional devido à possibilidade do regime aberto quando do cumprimento da pena (STF, nov 2016).

Em 2015, houve pedido de vistas ao ministro Luis Roberto Barroso, que negou o HC em conjunto com os ministros Edson Fachin e Rosa Weber, alegando que o HC estaria substituindo um recurso e, por isso, não deveria ser concedido. O ministro Luiz Fux acompanhou o ministro Marco Aurélio (STF, nov 2016).

O ministro Luis Roberto Barroso afirma ainda que no caso em questão, está se discutindo “a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos artigos 124 e 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante”. Para ele, a vida potencial do feto como bem jurídico protegido é muito importante, mas a criminalização do aborto durante o primeiro trimestre de gestação vai de encontro a certos direitos da mulher como a autonomia da mulher, o direito à integridade física e psíquica e a igualdade de gênero (STF, nov 2016).

Entretanto, tal ministro afirma ainda que, nessa ocasião, não se trata da defesa da propagação do aborto, mas torná-lo escasso e seguro. Para ele, deve-se evitar essa prática. Outrossim, a jurisprudência do STF proíbe a declaração de inconstitucionalidade de lei que antecede a Constituição e, como o CP é de 1940 e a CF é de 1988, não deve ser recepcionada pela CF/1988 (STF, nov 2016).

Os ministros discutiram acerca de se o aborto durante o primeiro trimestre é crime ou não e esse fato foi criticado por muitos juristas, porque o papel dos ministros seria a interpretação e não a modificação das leis, no caso do HC, eles estariam ultrapassando o conteúdo do processo. Eles estariam também, para a advogada Regina Beatriz Tavares da Silva, violando a separação de poderes. O STF estaria discutindo uma questão política (GAZETA DO POVO, nov 2018).

4.2. O caso de Renan Calheiros

No dia 07 de dezembro de 2016, os ministros do STF julgaram referendo à liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio que determinava afastamento do político Renan Calheiros do seu cargo de presidente do Senado, já que ele seria réu e, portanto, não poderia exercer cargo que esteja na linha de substituição da Presidência da República (STF, dez 2016a).

Tal liminar resultou da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 402, solicitada pela Rede Sustentabilidade e versa sobre a linha sucessória da Presidência da República (STF, dez 2016a). O procurador-geral da República na época, Rodrigo Janot, declarou-se favorável à liminar, afirmando a necessidade de afastar de forma imediata o senador Renan Calheiros do cargo, por entender que a prerrogativa constitucional para exercer a presidência da República é do cargo e não da pessoa que o ocupa. Ele diz que a atividade pública não deve ser exercida por aqueles possivelmente envolvidos com atos ilícitos. Ainda segundo Janot: (STF, dez 2016b).

Não é aceitável que a presidência de um órgão de representação popular vocacionado à substituir o presidente da República, pela Carta da República, seja afastada de antemão dessa linha de substituição por problemas pessoais do ocupante do cargo (STF, dez 2016b).

A Rede, através de seu representante, o advogado Daniel Sarmento, declarou-se a favor da decisão de afastamento do cargo de presidente do Senado, por considerar que, como a denúncia foi recebida pelo STF, o senador Renan Calheiros não poderia exercer suas funções de modo pleno. Além disso, a Rede

não concordava com a possibilidade de manutenção do político citado no cargo, no entanto o impossibilitando de assumir a presidência da República. O advogado diz: (STF, dez 2016c).

Quando uma determinada pessoa não satisfaz todos os requisitos constitucionais para a ocupação de um cargo, num regime republicano o correto é não permitir que ela o exerça e não podar o cargo de uma de suas mais importantes atribuições, de extração constitucional, que é a de substituir o presidente da República (STF, dez 2016c).

Já o advogado-geral do Senado Federal, Alberto Cascais, declarou que o não cumprimento da decisão não visou confrontar o STF, mas sim seguir o Regimento do Senado, que dá prazo de defesa no caso. Ele disse que o afastamento se baseou no Inquérito (INQ) 2593, porém o acórdão não havia sido publicado ainda e, por isso, haveria possibilidade de embargos e, apenas após isso, a decisão teria efeitos. Ele destacou ainda um possível atrito entre os poderes tendo em vista a liminar supracitada (STF, dez 2016c), se opondo ao posicionamento de Rodrigo Janot, que afirmou: “As instituições estão trabalhando cada uma dentro dos seus limites e isso não pode ser visto como atrito” (STF, dez 2016b).

O STF decidiu que o senador Renan Calheiros seria mantido no cargo, contudo não poderia substituir o presidente da República, por entender que réus em ação penal não podem exercer a presidência da República (STF, dez 2016d), por seis votos (Celso de Mello, Dias Toffoli, Luiz Fux, Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e, a presidente do Supremo, Cármen Lúcia) a três (Marco Aurélio Mello, Edson Fachin e Rosa Weber) (G1, dez 2016).

Posteriormente, o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, formulou a Ação Cautelar (AC) 4293, solicitando o afastamento do senador Renan Calheiros do cargo de presidente do Senado Federal, alegando que um réu de uma ação no STF não pode exercer o cargo. Entretanto, o ministro Edson Fachin indeferiu o pedido, afirmando que: (STF, dez 2016e).

Considerando o decidido (nos autos da ADPF 402) pelo Tribunal Pleno na sessão de 7 de dezembro passado, a despeito de minha posição pessoal, em homenagem ao princípio da colegialidade impõe-se indeferir o pedido de liminar (STF, dez 2016e).

5 CONSEQUÊNCIAS

O Poder Judiciário, no contexto hodierno, tem atuado de modo mais contundente, sobressaindo-se em comparação com o Poder Executivo e o Poder

Legislativo e, consoante o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Antônio Saldanha Palheiro, o ativismo judicial de modo desordenado fomenta insegurança jurídica. Ele é favorável ao equilíbrio dos três poderes e afirmou: “em alguns casos, há causas sobre o mesmo tema, no mesmo estado da federação, sendo julgados de maneiras distintas, a depender da vara que as analisa” (STJ, 2017).

Ele declarou que essa postura pode comprometer os investimentos, por provocar insegurança e, conseqüentemente, o Brasil ser considerado de alto risco. Para tal ministro “o ativismo se torna mais seguro quando empregado por órgãos colegiados, em que há discussões abertas entre seus membros, além de terem uma atuação de maior visibilidade, principalmente por meio de divulgação na imprensa” (STJ, 2017).

Essa atuação, cada vez mais frequente, do Judiciário suscita uma atividade decisória análoga à atividade do Poder Legislativo no que concerne a discussões politizadas. Além disso, com a reforma do Judiciário, a Emenda Constitucional nº 45 traz a súmula vinculante permite a possibilidade de que, frente a diversos temas, a decisão é pautada em diferentes argumentos, gerando uma discricionariedade (SILVA, 2015).

Emenda Constitucional nº45: Art. 2º A Constituição Federal passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (BRASIL, 2004).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A separação de poderes prevista na Constituição deve ser flexível, permitindo que um poder regule o outro e, assim, dificultando que cada poder exceda as competências a ele atribuídas. Cabe ao Poder Judiciário julgar conforme o ordenamento jurídico do país, contudo, muitas vezes, surgem casos antes não previstos, todavia, o magistrado precisa apresentar uma decisão, devendo essa estar em conformidade com a Constituição Federal, de modo que compete ao STF guardá-la. Parte dessas questões que chegam aos tribunais superiores é do âmbito político, favorecendo o ativismo judicial, e as decisões tomadas podem gerar polêmica.

Contudo, o ativismo judicial pode também gerar consequências negativas, como a insegurança jurídica e, por isso, entraves no âmbito econômico quanto aos investimentos, por suscitar uma classificação do Brasil como país de alto risco.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**: Deutscher Bundestag. Alemanha, jan. 2011. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 25.06.2018.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución Política del Estado**: República de Bolívia. Bolívia, Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 26.06.2018.

BONFANTE, Bruna. **A transformação do Estado e da separação de poderes e o Poder Judiciário no pós-positivismo**. Setembro de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17058/a-transformacao-do-estado-e-da-separacao-de-poderes-e-o-poder-judiciario-no-pos-positivismo/>. Acesso em: 04.08.2018.

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 26.06.2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23.06. 2018.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de outubro de 2004. Brasil, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 04.08.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Regimento interno [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. 265 p. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf. Acesso em: 25.06.2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33ª ed. Ver. e at. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOLLONI, André Parmo; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; XIMENES, Julia Maurmann. Constituição e Democracia III. XXV Congresso do CONPEDI, Curitiba, 2016. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/u24ek09c/F30j3f2i08q5aS5W.pdf>. Acesso em: 04.08.2018.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf. Acesso em: 04.08.2018.

FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes. **Revista Intervenção, Estado e Sociedade**, Marília, v. 1, n. 1, p.59-83, jan/jun 2014. Semestral. Disponível em: revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/download/8/5. Acesso em: 04.08.2018.

G1. **STF mantém Renan no Senado, mas o proíbe de assumir Presidência**. 07 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/maioria-do-stf-vota-pela-permanencia-de-renan-calheiros-na-presidencia-do-senado.ghtml>. Acesso em: 03.08.2018.

GAZETA DO POVO. **STF se excedeu ao dizer que aborto até o terceiro mês não é crime, apontam juristas**, nov 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/stf-se-excedeu-ao-dizer-que-aborto-ate-o-terceiro-mes-nao-e-crime-apontam-juristas-b5eqxl526ktr1nfunkln8cb17>. Acesso em: 26.06.2018.

KACELNIK, C. **O Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial**. 2009. 72 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14279/14279.PDF>. Acesso em: 16.04.2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LOMEU, G. et al. O Poder Judiciário e o Estado de Direito: O Ativismo a partir do Princípio da Separação dos Poderes. **II Seminário Científico da FACIG: II Jornada de Iniciação Científica**, Manhuaçu, n. 3, p.1-9, nov. 2017. Disponível em: <http://www.pensaracademico.facig.edu.br/index.php/seminariocientifico/article/view/474/401>. Acesso em: 16.04.2018.

SILVA, Rodrigo Medeiros da. O Ativismo Judicial como Consequência da Crise de Representatividade. **Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa**, Ano 1, n. 3, p.1419-1438, 2015. Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP). Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_1419_1438.pdf. Acesso em: 04.08.2018.

STF. **1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto**, nov 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>. Acesso em: 26.06.2018.

STF. **ADPF 402: Para PGR, problemas pessoais não podem limitar prerrogativas do cargo**. Dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331467&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.08.2018. (b)

STF. **ADPF 402: Partes apresentam argumentos na tribuna do Plenário**. Dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331468&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.08.2018. (c)

STF. **Direto do Plenário: STF analisa afastamento de Renan Calheiros da Presidência do Senado**. Dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331413&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.08.2018. (a)

STF. Ministro Edson Fachin nega pedido do procurador-geral para afastar Renan Calheiros. Dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=332423&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.08.2018. (e)

STF. Réus em ação penal não podem substituir presidente da República, decide Plenário. Dez. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331478&caixaBusca=N>. Acesso em: 03.08.2018. (d)

STJ. As consequências do ativismo e a independência do juiz em debate no STJ. Dez. 2017. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/As-consequ%C3%Aancias-do-ativismo-e-a-independ%C3%Aancia-do-juiz-em-debate-no-STJ. Acesso em: 04.08.2018.